

Histoire, sécession et juge constitutionnel. Eléments de dialogue pour un renouvellement de l'idée de démocratie et de l'idée de constitution.

Les notions du droit constitutionnel sont pétries autant par le fait historique que par la circulation des modèles constitutionnels dans l'Histoire. L'étude du passé peut amener à voir s'ériger les notions et présupposés théoriques qui animent le droit positif et la construction latente d'une pensée juridique. Comment se référer à la nation sans se référer à l'Histoire ? Comment appréhender les droits de l'homme sans comprendre les raisons de son avènement ? Comment comprendre la Constitution si ce n'est comme une origine, ce qui « constitue » littéralement le point d'entrée d'un ordre juridique dans sa propre histoire à venir ? Ce lien d'interdépendance, le droit et l'Histoire le bâtissent par leur essence même, en ce qu'ils peuvent tous deux être définis comme un ensemble de *discours*. D'aucuns diraient même que le discours développé par le juge s'assimile à un « roman à la chaîne »¹, soit un récit visant à écrire une histoire cohérente, création qui prend sens et fait histoire jurisprudentielle par l'effet du temps. De même, la substance des discours juridiques peut contribuer à mettre en lumière la relation entre droit et Histoire. En constitue pour preuve le développement d'un argumentaire et d'une rhétorique de nature historique à l'appui de l'invocation d'arguments constitutionnels. Les acteurs du droit n'ont de cesse d'entrecroiser des raisonnements imprégnés de rappels historiques et d'ériger une finalité qui est celle de faire l'Histoire². L'Histoire peut être perçue tant comme un moyen argumentatif qu'une finalité à bâtir par les acteurs du droit. Elle-même produit d'une Histoire, la Constitution objective une série de valeurs dont l'Histoire n'est jamais absente. Elle borne des traditions, des idées, des révolutions. Elle borne l'Histoire, car elle borne le fait politique. Le système de valeurs que met en place la Constitution contribue à la définition juridique du groupe humain qu'elle régit.

Le phénomène du sécessionnisme et ses acteurs n'échappent pas non plus au mouvement de l'Histoire, en contestant la définition juridique du groupe humain conçu par le système de la Constitution. Dans son acception classique, la sécession désigne « l'action pacifique ou violente par laquelle une partie de la population d'un Etat se détache volontairement de celui-ci pour s'intégrer à un autre Etat ou former un Etat nouveau »³. A cheval entre la volonté de destruction d'un ordre ancien et d'institution d'un ordre nouveau, la sécession est d'abord un processus marquant de l'Histoire coloniale, à laquelle elle vient mettre fin. Hors du prisme colonial, elle se dessine comme un phénomène de rupture politique et de démembrement de l'Etat⁴. Inscrite dans le marbre de

¹ Métaphore élaborée par Ronald Dworkin qui l'amène « à comparer la production du droit par les autorités juridiques (...) à une sorte de roman écrit à la chaîne par une multiplicité d'acteurs (...) chacun ajoutant de nouvelles pages ou nouveaux chapitres, mais se trouvant lié par ce qui a déjà été écrit avant lui; chacun supporterait le poids croissant de la cohérence narrative d'ensemble imprimant une certaine orientation à sa propre création. » AMSELEK P., *Cheminelements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, Le Temps des idées, 2013, p. 456-457

² V. not. l'intervention de Christiane Taubira du 27 octobre 2015 sur le projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte des Langues régionales ou minoritaires par exemple. Son interprétation de l'Histoire lui permet de défendre l'adoption de cette Charte et la finalité qu'elle assigne à cette même Charte est celle de perpétuer cette Histoire.

On peut encore souligner l'interprétation de l'Histoire faite par René Capitant, à l'appui du Préambule de la Constitution de 1946, lorsqu'il interprète l'article 53 de la Constitution comme contenant un droit de sécession potentiel

³ Dictionnaire juridique CORNU, Presses universitaires de France, Quadrige, 4ème tirage, 2009, p. 848-849

⁴ V. not. en ce sens : *Les déclarations unilatérales d'indépendance*, Rahim Kherad (dir.), Faculté de droit, d'économie et de gestion de l'Université d'Angers, Pedone, Paris, 2012, 260 p.

l'Histoire des Etats-Unis et du Canada, comme tournant politique majeur, la sécession connaît à l'heure actuelle une résurgence non-négligeable, en particulier sur le continent Européen. Depuis la manifestation catalane de 2010 jusqu'à l'adoption de la Résolution du Parlement Catalan en 2016 enclenchant le processus de transition nationale, l'Espagne n'a eu de cesse de voir ses gouvernements et ses partis confrontés à la question sécessionniste. En Ecosse, la progression continue, depuis 2007, du Scottish National Party, et plus généralement du mouvement de dévolution entamé dans les années 70, a conduit à l'organisation d'un référendum sur l'indépendance dont les échos persistent encore aujourd'hui. En Vénétie, et plus généralement dans plusieurs régions italiennes, sont régulièrement organisés des consultations populaires à l'échelle locale sur la délivrance de compétences constitutionnelles et la sécession depuis les années 80, que le juge va devoir contenir.

De la sécession, nous connaissons l'Histoire, l'importance, la menace de son récit, de ses interprétations, ses réifications. Si la sécession peut être caractérisée en tant qu'évènement historique, son récit s'accompagne également d'un mouvement grammatical tourné vers les notions constitutionnelles et leur récupération. D'évènement violent, il se fait représentant rationnel d'une parole constituante, porte-parole d'un agir politique, promoteur d'une certaine idée de la démocratie et de la Constitution. En tant que fait historique caractérisé, la sécession put faire l'objet d'études historiques abouties⁵ sans toutefois que le juriste daigne s'y attarder. Les acteurs de sa résurgence contemporaine n'ont pourtant aujourd'hui de cesse de développer un champ lexical constitutionnel, qui est intrinsèquement lié à l'Histoire. Les revendications que porte la sécession sur la démocratie et la Constitution puisent son argumentaire dans l'Histoire et dans le droit.

Source de « fragmentation de l'ordre constitutionnel »⁶, la revendication sécessionniste se construit en effet autour de deux pôles que sont la mise en place d'un régime démocratique porté par un souverain divergent et l'adoption d'une Constitution parallèles à l'ordre étatique en place. La promotion de la construction de cet ordre alternatif s'appuie sur l'invocation de la continuité historique de l'entité souhaitant la sécession ainsi que sur une prétendue légitimité traditionnelle, tant d'éléments faisant appel à une Histoire à la lumière de laquelle l'instauration d'un nouvel ordre de contraintes serait légitimé. Ce prisme déformant qu'est l'Histoire propose une inférence⁷ en vertu de laquelle la nation constitutionnelle devrait s'appuyer sur la nation culturelle ou l'Etat devrait s'appuyer sur un souverain divergent. Dans sa substance, il peut reposer sur des faits historiques, des aspects relatifs à la tradition autant qu'à des références transcendantales globales. Aussi le terme « Histoire » devra t-il ici être retenu dans un sens élargi.

Malgré le caractère lapidaire de son étude juridique, le discours sécessionniste peut ainsi constituer un objet d'étude privilégié pour le droit constitutionnel, tant en ce qu'il développe ou instrumentalise des notions juridiques que du fait de son appréhension de plus en plus prégnante par le juge.

Car la réponse juridique que le juge constitutionnel apporte au sécessionnisme se révèle sur ce point également éloquente. Dans le cadre de son office de contrôle de la constitutionnalité des lois et de

⁵ v. not. en ce sens : McPHERSON J. , *La guerre de sécession (1861-1865)*, Robert Laffont, Bouquins, Paris, 1991, 1004 p.

⁶ HALJAN D., *Constitutionalizing Secession*, Hart Publishing, Hart Studies in Comparative Public Law, Oxford, 2014, 448 p.

⁷ Selon la Loi de Hume, « d'un être l'on ne peut inférer un devoir-être », une distinction reprise par Hans Kelsen pour départir la volonté psychologique de la force obligatoire du droit, la volonté de se soustraire ou non à la règle et la validité de cette règle. V. not. KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'Etat*, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1997, p. 85 et s.

créateur normatif, le juge développe des arguments d'ordre historique qui lui permettent de dégager des significations particulières de la règle de droit plutôt que d'autres⁸. L'argument historique interviendra avec force tant pour repousser que pour accueillir la problématique sécessionniste dans son prétoire et pour en aménager les effets. Parfois, c'est *a contrario* de l'approche sécessionniste que le juge déliera nation constitutionnelle et nation culturelle, afin d'empêcher l'aboutissement de la revendication sécessionniste⁹, privilégiant une acception normativiste pure de la règle de droit. Toutefois, le juge peut être amené à développer une mise en balance originale des principes constitutionnels structurants qui conduira à dégager une norme de négociation entre l'Etat et l'entité sécessionniste. S'il apparaît comme évident que le juge fait preuve d'un volontarisme certain dans la construction de l'idée de démocratie et de l'idée de Constitution¹⁰, le dialogue qu'il développe avec l'entité sécessionniste tend à montrer les ressorts d'une telle construction.

C'est ainsi que se construit, en miroir, un ensemble d'énoncés en réplique entre sécessionnistes et juges où Histoire et notions juridiques s'entremêlent et se nourrissent, en influençant durablement le rapport politique à l'intérieur des Etats soumis à la pression sécessionniste. L'emploi continu de la référence historique et son instrumentalisation questionnent la signification des notions de démocratie et de constitution

La référence historique et son instrumentalisation peuvent-elles éclairer les notions de démocratie et de constitution ?

En outre, la présence de l'Histoire dans le discours juridique, si elle tend avant tout à permettre la *justification*¹¹, peut offrir une clef de compréhension et d'appréhension du phénomène sécessionniste et de ses impacts d'un point de vue juridique qui n'est pas négligeable. Hormis l'affrontement de légitimité entre l'Etat et les entités pré-existantes, les modalités employées par les acteurs que sont les sécessionnistes et le juge constitutionnel ont l'intérêt de proposer une réflexion sur les notions de démocratie et de constitution jusqu'alors non explorée.

L'utilisation du prisme de l'Histoire dans le dialogue entre sécessionnistes et juges permet d'éclairer sous un nouveau jour les notions et concepts propres à la modernité juridique. L'idée de démocratie, reconnectée à l'idée d'une légitimité traditionnelle de ses acteurs et rattachée à la promotion de nouveaux principes par le discours constitutionnel sécessionniste (I) vient compléter le nouveau visage d'une Constitution à laquelle des créateurs et des interprètes renouvelés viennent conférer une matérialité négociable (II).

⁸ Sur ce point, la décision rendue par le Conseil constitutionnel français no 91-290 du 9 mai 1991 est éloquentes puisque le juge constitutionnel dégage le principe constitutionnel de l'unicité du peuple français en se basant sur cette référence « historique » à l'unicité prévalente dans tous les textes juridiques adoptés depuis 200 ans.

⁹ Espagne, Décision no 31/2010, 28 juin 2010, BOE Núm. 172, 16 juillet 2010

¹⁰ v. en ce sens TROPER M., « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », *Le droit et la nécessité*, Chap. II, Presses universitaires de France, coll. Léviathan, 2011, p. 139-154

¹¹ Sur cette fonction justificative primaire de l'Histoire dans le discours politique et juridique, voir : MIGUEL HERRERA C., LE PILLOUER A., « Faire l'Histoire constitutionnelle : questions et problèmes », in *Comment écrit-on l'Histoire constitutionnelle ?*, Carlos Miguel Herrera et Arnaud le Pillouer (dir.), éd. Kimé, Paris, 2012, p. 8-9

I. Le dialogue sur l'idée de démocratie

Le sens du discours sécessionniste est porteur d'une certaine idée de la démocratie. Il propose, d'une part, une redéfinition du *demos* et la promotion de principes dépassant les cadres traditionnels d'exercice de l'autonomie politique par l'effet de l'argument historique (A). D'autre part, la réponse du juge visera à trancher une certaine interprétation de l'Histoire et des concepts juridiques pour aboutir à un maintien du présent constituant tout en aménageant la possibilité du futur (B).

A. Les discours sécessionnistes de promotion de l'agir démocratique

Le discours sécessionniste s'appuie sur les qualités historiques de ces avatars afin de déterminer l'existence de nouveaux titulaires de la souveraineté, forçant le souverain à la désunion (1). La construction de la contestation démocratique s'échafaude autour de l'idée de réparation d'un préjudice historique et de la promotion d'une forme de « raison » historique devant conduire à l'indépendance. Un corpus de droits est ainsi élaboré par le discours sécessionniste et orienté comme moyen d'expression et de constitution démocratique, dont l'Histoire justifie l'absoluité (2).

1. La proposition de redéfinition du *demos*

La notion classique de démocratie repose, d'une part, sur des titulaires institutionnalisés par la constitution. L'identification juridique de ces titulaires et de leurs caractères réside dans la définition constitutionnelle du peuple en tant que souverain. En dehors de la norme constitutionnelle, l'identification juridique du peuple ne peut avoir lieu¹². D'un point de vue théorique, la difficulté sera de déterminer « ce qu'est le peuple »¹³.

Les titulaires classiques de la souveraineté présentent ainsi la figure de l'unité stricte de la communauté politique, caractéristique de l'*union* recherchée par le modèle théorique de Thomas Hobbes et sa circulation en droit continental¹⁴. Le paradigme Hobbésien tend à considérer le consentement à l'autorité comme irrévocable et le pouvoir aux mains du souverain comme « indivisible, infaillible et irrésistible »¹⁵. Aux Etats-Unis, le modèle théorique emprunté à John Locke n'échappe pas non plus à la promotion de l'unité du souverain¹⁶, dont la destruction ne peut être justifiée qu'en vue de la construction future d'un ordre plus rationnel et efficient. Dans le droit constitutionnel britannique, enfin, c'est le principe de la souveraineté du Parlement qui consacre

¹² KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'Etat*, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1997, p. 236-237, *extrait* : « Une pluralité d'individus ne forment une communauté que parce qu'il existe un ordre normatif régissant leur conduite mutuelle (...) La communauté est uniquement formée de l'ordre normatif qui régit la conduite mutuelle des individus. »

¹³ GOYARD-FABRE S., *Qu'est-ce que la démocratie ?*, *La généalogie philosophique d'une grande aventure humaine*, Armand Colin, Paris, 1998, p. 37

¹⁴ BOBBIO N., *L'Etat et la démocratie internationale*, Etudes européennes, éd. complexe, 1998, p. 67-98. Une fusion pensée avec le *Pactum subiectionis*, mais aussi par la confusion entre le *Pactum associatis* et le *Pactum subiectionis* dans la pensée de l'Etat.

¹⁵ LIVINGSTON D.W., « The Very Idea of Secession », *Society*, Vol. 35, no. 5, July-August 1998, p. 39

¹⁶ Au fondement de la pensée de Locke, la théorie note que « l'unité du corps politique avec son pouvoir souverain et la sphère des individus avec leurs droits et leur autonomie ne sont pas contradictoires dans leurs aspects mais les ingrédients de la même construction logique ». L'Etat n'est ainsi jamais constitué de « parties » mais une unité et une totalité (traduction personnelle).

v. DUSO G., « Una prima esposizione del pensiero politico di Althusius : la dottrina del patto e la costituzione del Regno », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, no. 25, 1996, p. 89

classiquement l'idée d'un souverain unique, dont le pouvoir ne peut être exprimé qu'à travers les représentants du peuple¹⁷. Les modèles théoriques comme institutionnels semblent converger vers un postulat d'unicité.

Or, le discours sécessionniste développé à travers les déclarations de politique générale ou encore les déclarations unilatérales d'indépendance a vocation à dépasser l'identification du *demos* opérée par la norme suprême en proposant une définition alternative du souverain. Celle-ci s'appuie, en effet, sur des caractères proprement historiques qui viennent justifier une départition entre l'Etat et une partie de son peuple. En Catalogne, ce sont les « droits historiques du peuple catalan » qui vont constituer le fondement à l'autogouvernement¹⁸. Afin de se constituer en tant que peuple, l'objectivation d'éléments tels que la langue ou les symboles va être recherchée comme fondement à l'autonomie politique. En Vénétie, le « droit naturel et légitime » du peuple vénète à l'autogouvernement est en ce sens qualifié « d'historique »¹⁹. En Ecosse, la rhétorique promeut une identité nationale écossaise qui « prend ses racines dans l'Histoire »²⁰.

La singularité canadienne s'illustre quant à elle par la promotion de la « société distincte ». Le projet constitutionnel québécois est en effet fondé sur la référence à la dualité du substrat humain de l'Etat canadien. Cette dualité du *demos* est construite par les sécessionnistes autour d'une pensée historique qui reprend les grandes étapes de la construction du Canada au XIX^e siècle. La « société distincte » pourrait se caractériser par l'existence des « deux peuples fondateurs »²¹, et justifierait la reconnaissance et l'institutionnalisation du peuple québécois, voire la sécession du Québec au profit de la constitution d'un nouvel Etat. Suite à la présentation dudit projet, la doctrine a par ailleurs pu insister sur l'importance de la prise en compte du caractère historique dans la justification du projet démocratique proposé en rédigeant une « note historique » visant à recenser la continuité du projet constituant québécois dans l'Histoire²².

L'entité sécessionniste va ainsi rechercher à bâtir un lien politique et juridique entre le citoyen et l'ordre objectif de l'Etat et à constituer des titulaires en dehors du champ étatique exclusif. C'est à partir de la qualité historique des titulaires identifiés que l'autogouvernement est légitimé. Cette identification personnalise l'idée de souverain. En ce sens, la résolution du Parlement de Catalogne adoptée le 23 janvier 2013 mentionne que « le Parlement de Catalogne encourage tous les citoyens et citoyennes à être des protagonistes actifs dans le processus démocratique d'exercice du droit à décider du peuple de Catalogne ». L'organisation d'un processus de consultation populaire sur

¹⁷ DICEY A.V, *Introduction to the study of the law of the constitution*, Ninth Edition, MacMillan and co., Limited St. Martin's Street, London, 1952, Introduction

¹⁸ voir not. en ce sens, l'article 5 de la loi organique sur le statut d'autonomie de la Catalogne, 6/2006 du 19 julio 2006, BOE num. 172 du 20 julio 2006, p. 27270 « El autogobierno de Catalunya se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalan, en sus instituciones seculares y en la tradicion juridica catalana (...) »

¹⁹ Dati informativi concernenti la legge regionale 19 giugno 2014, no 16, Referendum consultivo sull'autonomia del Veneto

²⁰ Conference Speech of Alex Salmond, Scottish National Party, 2006/a, 13 October 2006

²¹ voir not. en ce sens, le projet de Constitution du Québec de 2007, no 196, Première session, Trentehuitième législature, éditeur officiel du Québec, 2007

²² TURP D., Constitution québécoise : note historique, Version 7, présentée à l'Assemblée Nationale du Québec le 17 avril 2008 dans le cadre de l'initiative constitutionnelle

l'autonomie de la Vénétie²³ relève d'une même logique d'inclusion du citoyen dans un cadre détaché de l'Etat central.

L'invocation de l'Histoire et de son caractère indépassable, comme justification démocratique suscite un impact inévitable sur la théorie volontariste et la place prééminente qu'elle donne au consentement dans la théorie de Hobbes et de Locke.

L'Histoire est mise au service de la fragmentation de l'union hobbesienne au fondement de l'Etat moderne pour mettre en avant l'idée de légitimité traditionnelle. A la base de la revendication sécessionniste se trouve une revendication préalable de fédéralisation non aboutie qui va conduire les entités concernées à rechercher la pluralité des liens démocratiques comme des entités souveraines, à l'image du lien d'allégeance à l'autorité théorisé par Althusius.

Cette reconfiguration du souverain marque l'avènement d'une double identité démocratique que les sécessionnistes revendiquent à travers la promotion de nouveaux principes.

2. La promotion novatrice d'un droit à décider

La notion contemporaine de démocratie n'est plus simplement définie par l'idée de pouvoir du peuple. Un ensemble de données peut être mis en avant comme le respect du principe d'égalité et des droits et libertés, afin de définir la démocratie. Le début du XX^{ème} siècle a vu se mettre en place des dérivés de la démocratie et l'idée de « droit à la démocratie ». Le sens du principe des nationalités emportant droit à l'autodétermination est l'aboutissement de cette visée. En outre, les raisons comme le contenu du droit à l'autodétermination peuvent être rattachés à l'Histoire, les destinataires de ce principe étant les peuples colonisés²⁴. Le discours sécessionniste rattache lui-même l'idée de démocratie au principe positif du droit à l'autodétermination en tant que corollaire. Mais les applications strictes du droit à l'autodétermination dans le cadre des situations de décolonisation, d'oppression ou de négation des droits individuels et collectifs d'une minorité nationale, n'ont pas permis de justifier les formes d'autodétermination interne invoquées par les sécessionnistes québécois ou catalans.

Le développement de nouvelles notions telle que celle de « droit à décider » peut toutefois être souligné, comme substitut novateur à l'impossibilité d'user de l'autodétermination. Cet impensé théorique qui ne trouve son pareil dans aucune disposition du droit positif a récemment été introduit par la doctrine sécessionniste espagnole basque puis catalane²⁵. Le caractère obscur de ce droit à décider, destiné aux « titulaires historiques » de la souveraineté, caractérisés à raison de leurs « droits historiques », est rattaché à la démocratie dans le discours par arrimage à la qualité de

²³ L'organisation de consultations avait été voulue respectivement en 1980, 1998, 2014 et 2017

²⁴ L'autodétermination en droit international s'applique, en effet, dans le cadre d'un processus de décolonisation : Résolution 1514 de 1960; Résolution 2625 (XXV) de 1970 adoptée par l'Assemblée Générale des Nations-Unies; CIJ, no 2010/25, 22 juillet 2010, *Avis consultatif relatif à la conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo*; Faute de pratique internationale, la situation des peuples non coloniaux demeure incertaine du point de vue juridique, voir en ce sens : PEREA UNCETA J.A, « El secesionismo catalan en el contexto del derecho internacional », *Nueva Epoca*, Vol. 17, num. 2, 2014, p. 117-155

²⁵ La formalisation du « derecho a decidir » apparaît en premier lieu dans la Résolution 2003 du Pays-Basque, puis dans celle du Parlement catalan no 742/IX du 27 septembre 2012 avant d'être réaffirmée dans la Résolution 5/X du 23 janvier 2013

souverain construit sur l'idée de nation catalane²⁶. Cette formulation permet aux entités qui l'invoquent de justifier une capacité et une sphère démocratiques autonomes vis-à-vis de l'Etat central, jusqu'à justifier l'unilatéralité de la décision d'une minorité sur le sol national²⁷. Cette hégémonie démocratique marque le retour à une conception restrictive de la démocratie en tant que pouvoir du peuple, entendue comme la loi de la majorité. L'Histoire se fait alors « étalon » d'un droit à la démocratie, en décrivant des titulaires investis par le droit naturel du pouvoir souverain.

Ce droit à décider s'entendrait alors comme une acception élargie de la décision²⁸, comme ultime source de démocratie qui irait jusqu'à justifier le droit unilatéral de sécession.

Sous l'apanage terminologique de « droit à décider » semble pourtant se retrouver la doctrine de l'autodétermination interne, construite en miroir avec le droit à l'autodétermination externe en droit international. La place prégnante de la volonté, articulée à l'Histoire des entités nationales, pour déterminer le monopole de compétences culturelles et éducatives, est ainsi mise en avant dans la théorie de Karl Renner. Toutefois, le droit à l'autodétermination nécessite la reconnaissance tant d'un peuple que d'un conflit, tandis que le droit à décider reste encore dépourvu de normativité²⁹. De manière surprenante, il est à noter l'extrême polysémie du terme, que la doctrine espagnole et italienne emploient sans distinction pour déterminer des droits individuels qui concernent non seulement l'autonomie politique, mais également et dans certains cas, le droit à disposer de son corps impliquant l'euthanasie, le droit de décision sur des questions de laïcité ou de dignité de la personne humaine³⁰. L'autonomie de la volonté exprimée par ce droit va donc bien au-delà de la question sécessionniste et de sa tentation pour une démocratie inconditionnelle.

C'est dans tous les cas, sur la question sécessionniste, le statut historique, traditionnel, *continuiste* des titulaires, qui vient justifier l'existence de ce droit, souvent qualifié « d'inconditionnel ». Cette doctrine sécessionniste du droit à décider semble dès lors s'inscrire dans un pan doctrinal plus vaste qui raisonne outre-atlantique depuis de nombreuses décennies à travers les théories du droit inconditionnel de sécession. La doctrine du droit inconditionnel repose, dans son argumentation, sur une acception absolutiste de la démocratie et du droit des peuples. Le droit à la sécession, perçu et présenté comme le corollaire du principe démocratique dans le discours sécessionniste, est justifié par le passif historique et l'existence de faits d'oppression et de violence à l'égard des minorités. En ce sens, la doctrine sécessionniste américaine a mis en place l'idée de « sécession-remède » afin de retracer ce processus de légitimation par l'invocation du passé. Le *Remedial Right* est basé sur un postulat assimilable à celui de la « guerre juste » chez Hugo Grotius, selon lequel la séparation d'une fraction de la population d'un Etat serait moralement justifiée par des faits passés ou présents

²⁶ TUDELA ARANDA J., « El derecho a decidir y el principio democrático », *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, p. 477-497;

²⁷ LÓPEZ BASAGUREN A., « La secesión de territorios en la constitución española », *Revista de Derecho de la Unión Europea*, No. 25, julio-diciembre 2013, pág. 99

²⁸ Sur la réduction de la démocratie à la décision, voir : TUDELA ARANDA J., *op. cit.*, p. 486

²⁹ Sur la différence entre les deux droits, v. RIDAO I MARTÍN J., « La juridificación del derecho a decidir en España. LA STC 42/2014 y del derecho a aspirar a un proceso de cambio político del orden constitucional », *Revista de derecho político*, no. 91, septiembre-diciembre 2014, p. 91-136

³⁰ « Lasciare ai cittadini il diritto di decidere », Article paru le 01.03.2017 dans la Revue *Brescia Oggi*; « El derecho de decidir », Article écrit par Xavier Francino et paru dans la Revue *Escritura Pública*, no 44, 2007, p. 67

d'oppression de la part de l'Etat³¹. La transgression est justifiée par l'illégitimité des liens reliant l'autorité politique aux gouvernés, qui les fait entrer dans une forme d'*altérité radicale*. L'hypothèse était déjà émise par Saint-Thomas lorsque la violation par le tyran séditieux des lois divines et humaines justifiait la sédition³² ou encore par John Locke, dont les doctrines de la *Just-Cause Theory* s'inspirent. Les critères de détermination du droit de sécession, variant d'une forme d'oppression dont les degrés ne sont pas caractérisés et d'intérêts citoyens lésés dont la nature reste à éclaircir³³, ne permettent pas d'envisager la réalité tangible d'une telle théorie.

D'autre part, une assimilation entre liberté, droit et démocratie est quasi illimitée dans la théorie du *Primary Right* puisque le droit de sécession est inconditionné et résulte d'un simple « droit à la démocratie » que posséderait toute communauté organisée dans une démocratie libérale³⁴. Cette absence de conditionnement suggère le caractère jusnaturaliste du droit à la démocratie, parachevé par le droit de sécession. La justification du caractère inconditionnel puise sa source dans le référent premier du *consentement*, pris comme base de tout lien politique. La critique de cette doctrine s'appuie sur le caractère général, traditionnel et tacite du consentement au pouvoir. Toute sécession résulterait d'une réification du consentement au pouvoir, librement déterminé par une communauté organisée. L'Histoire permet alors de justifier une définition de la démocratie basée sur l'absoluité de la décision des groupes constitués. Dans le cas du *Remedial Right* comme dans le cas du *Primary Right*, aucune norme de droit positif n'est nécessaire pour caractériser le droit à la démocratie, ce qui les rend incapable de saisir juridiquement « le peuple » et semble les reléguer au rang de prénotion.

De fait, le discours sécessionniste articule Histoire et volonté en vue de construire le *demos*, sur la base d'un ensemble de discours sur la démocratie, qui placent souvent dans la décision le référent ultime de celle-ci. Ce nouveau *demos* et cette contestation des concepts classiques du droit constitutionnel s'illustrent également par la promotion d'un modèle démocratique divergent face à la structure et au régime de l'Etat concerné, cette fois-ci en mobilisant un champ lexical de type historique tourné vers le futur et selon une rhétorique constructiviste. En Ecosse, la rhétorique sécessionniste est en effet tournée vers l'avenir, qui permet de présenter le « peuple » écossais comme un peuple qui fait l'Histoire en se constituant souverain³⁵. La revendication démocratique se construit autour de la mise en place d'une Constitution écrite par opposition à la Constitution non écrite britannique, ainsi qu'autour des instruments de démocratie directe par opposition à la théorie

³¹ Typiquement la violation des droits humains ou des faits de conquête avérés; «A general right to secede if and only if it has suffered certain injustices, for which secession is the appropriate remedy in last resort »: BUCHANAN, «Theories of Secession », *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 26, Issue 1, 1997, p. 34 et s.; v. aussi : HALJAN D., *Constitutionalising Secession*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014, Chap. 3 - 4

³² BASTID P., *L'idée de Constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 65

³³ Allen BUCHANAN définit notamment des critères comme la discrimination redistributive (violation du principe d'égalité par exemple), la défense d'une culture en voie de disparition (ou auto-défense), la justice rectificative (suite à une annexion forcée par exemple)

³⁴ not. BERAN H., « A Liberal Theory of Secession », *Political Studies*, XXXII, 1984, p. 21-31

³⁵ La promotion de l'indépendance en Ecosse passe par la publication de documents présentant l'avenir de l'Ecosse sous le jour sécessionniste, une rhétorique récurrente également chez Nicola Sturgeon, premier ministre écossaise. v. not. : *Choosing Scotland's Future, A National Conversation*, Published by the Scottish Executive, August 2007; *Scotland's Future : your guide to an independant Scotland*, Government White Paper, Published on 26 November 2013; Nicola Sturgeon says Scotland's future should not be imposed, BBC News, 21 march 2017

du mandat britannique³⁶. La démarche écossaise est, de plus, basée sur une logique d'inclusion démocratique puisqu'elle vise à repenser l'exclusivité tant psychologique que juridique du lien entre le citoyen et l'Etat, notamment en ouvrant les conditions juridiques d'octroi de la citoyenneté.

En Vénétie, les rapports parlementaires font état de la volonté d'une fédéralisation de la République italienne, par opposition au carcan forcé de l'Etat unitaire³⁷. La rhétorique se fonde ici également sur le statut historique mais aussi « actuel » d'une entité qui se fait constituant par cette dynamique temporelle. Aux Etats-Unis, la lutte entre deux conceptions opposées de la forme de l'Etat, entre les partisans d'un fédéralisme centralisateur et les partisans d'un confédéralisme qui s'appuie sur la souveraineté étatique, peut être aujourd'hui perçue comme un facteur de construction de l'Etat fédéral américain. Le discours sécessionniste a forcé à la réouverture du conflit démocratique au sujet de la meilleure forme de gouvernement et de régime politique. La fin de la guerre de sécession marquera le point d'entrée dans une ère privilégiée pour l'entité fédérale. Cette confrontation permit elle aussi de faire l'histoire, le sécessionnisme se présentant comme l'interlude historique permettant de trancher un compromis dilatoire persistant.

L'Histoire permet aux sécessionnistes de contester les concepts juridiques et leur ancrage. Cette manifestation de force de la décision est toutefois nuancée par les arguments tant historiques que juridiques du juge, qui aboutissent eux aussi à une réflexion sur la démocratie par le prisme sécessionniste.

B. Les discours juridictionnels de nuanciation de l'agir démocratique

Le discours développé en parallèle par le juge constitutionnel tend à nuancer la place de la décision dans le processus démocratique, pour maintenir l'appréhension traditionnelle du *demos* opérée par le constituant (1) et pour tendre vers une définition compromissive (2).

1. Le maintien du *demos* constituant

Face aux revendications sécessionnistes, l'attitude du juge a jusqu'ici visé à pérenniser les principes structurants mis en péril. L'unité du souverain, l'unité de la Nation et du peuple, l'indivisibilité du territoire sont les principales normes constamment protégées dans ce cadre. Dès les années 80, le juge espagnol a notamment veillé à faire respecter l'interprétation tranchée par le constituant espagnol en 1978 concernant la définition et la conciliation entre l'indissolubilité de la Nation espagnole et le droit des nationalités contenu dans l'article 2 de la Constitution. La présence déjà constatée de mouvances fédéralistes et indépendantistes lors du processus constituant rendait nécessaire le dégagement d'une signification juridique claire des termes de « nation » et de « nationalités ». A cet effet, l'article 1er de la Constitution espagnole confère l'appartenance de la souveraineté nationale au peuple espagnol, tandis que l'article 2 consacre l'unité indissoluble de la

³⁶ Les projets constitutionnels écossais traduisent la volonté de consacrer la suprématie de la Constitution, une définition de la citoyenneté inclusive par opposition aux politiques jugées assimilationnistes des britanniques, le scrutin proportionnel par opposition au scrutin majoritaire classique, Judicial Review etc. v. not. : SNP Constitutional Policy Paper, 1997; A Constitution for a Free Scotland, Published by the Scottish National Party, September 2002; A model Constitution for Scotland, Published by the Constitutional Commission, 2013; MYCOK A., « SNP identity and citizenship : Re-imagining State and Nation », *National Identities*, Vol. 14, No. 1, March 2012, p. 53-59

³⁷ Legge regionale, 19 giugno 2014, no 15

nation. Le juge constitutionnel espagnol a, de jurisprudence constante³⁸, affirmé la prééminence de la légalité constitutionnelle et refusé de reconnaître l'existence, en Espagne, d'une « nation de nations » pour lui préférer une acception unitariste préservant le paradigme de l'indissoluble unité. La réfutation d'une lecture de l'autonomie par le prisme nationalitaire a par ailleurs conduit les sécessionnistes à développer une revendication à la nature moins identitaire que politique, en substituant à la nation le concept de peuple catalan, que refuse également de considérer le juge³⁹. L'office du juge va ainsi contribuer à clarifier la définition de la démocratie, ainsi qu'à préserver son acception constitutionnelle. Dans le cadre du contentieux espagnol, le juge va notamment opérer une distinction entre « autonomie » et « souveraineté » qui conduira à rejeter la constitution d'un sujet politique et juridique divergent en catalogne⁴⁰. Le juge délie le rapport entre expression démocratique et souveraineté démocratique voulue par les sécessionnistes. La mention constitutionnelle d'un « droit à l'autonomie » n'emporte pas la souveraineté des communautés autonomes espagnoles. La sécession d'un territoire depuis un Etat entraîne une réforme constitutionnelle irréductible que seul le pouvoir constituant institué par la constitution en son article 87 peut conduire. Concernant les titulaires de la souveraineté, le juge estime que les notions de « nation », de « citoyens de Catalogne » ou de « peuple catalan » ne sont pas comparables aux homonymes de peuple et de nation espagnols, dont le caractère souverain et exclusif est consacré⁴¹. La contradiction manifeste entre l'idée d'autonomie et l'idée paradoxale d'une autonomie qui serait hétéronormée dans le raisonnement du juge espagnol illustre la difficulté d'interprétation de l'article 2, déjà prégnante lors du processus constituant de 1978. En tranchant pour une interprétation étanche de l'idée d'autonomie et de l'idée de souveraineté, le juge tranche un débat historique et choisit lui-même de conférer un type de sens historique au concept d'autonomie et au concept de souveraineté.

Un même mouvement de protection du *demos* constitutionnel peut être notable en Italie, où le juge constitutionnel est venu mobiliser les articles 1er et 5 de la Constitution, consacrant l'appartenance de la souveraineté au peuple Italien ainsi que le caractère indivisible de la République, comme fondement de l'illégitimité constitutionnelle de l'organisation, par la Région de Vénète, d'un référendum sur l'autonomie en 2014. Cette organisation, à l'échelle régionale, d'une consultation populaire, dépassait en effet le champ matériel défini par l'article 138 de la Constitution de 1947 selon lequel toute révision de la matière constitutionnelle ne peut être initiée que par l'Etat central italien. Le juge italien procède lui à la dichotomie entre pluralisme et autonomie et souveraineté afin de contrecarrer le processus sécessionniste⁴². La récurrence de l'utilisation inappropriée des

³⁸ v. not. STC no. 4/1981, 2 février 1981, BOE Núm. 47, 24 février 1981; STC no 12/1985, 30 janvier 1985, BOE Núm. 55, 5 mars 1985; STC no. 103/2008, 11 septembre 2008, BOE Núm. 245, 10 octobre 2008; STC 31/2010, 28 juin 2010, BOE Núm. 172, 16 juillet 2010; STC 42/2014, BOE Núm. 87, 10 avril 2014

³⁹ une évolution du discours notable en comparant le Statut de la Generalitat de 2006 et les récentes Résolutions du Parlement Catalan sur l'indépendance.

⁴⁰ TCE, Décision no 42/2014, 25 mars 2014, BOE Núm. 87, 10 avril 2014
SUBRA DE BIEUSSES P., « La sentence du Tribunal constitutionnel espagnol sur le statut de la Catalogne (à propos de la décision du 28 juin 2010) », *Revue du droit public*, no. 4, 2011, p. 935-948

⁴¹ v. les articles 1.2 et 2 de la constitution espagnole de 1978 comme fondement de l'unité du souverain espagnol et les décisions TCE, STC 103/2008 et STC 31/2010. Ce type de raisonnement est réitéré dans la décision STC 42/2014. Pour les aspects doctrinaux, voir not. CASTELLÀ ANDREU J. M., « Tribunal constitucional y proceso secesionista catalán : respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional », *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 37, 2016, p. 561-592

⁴² Corte Costituzionale, Décision no. 118/2015, 25 juin 2015

modalités de consultation populaire par les régions italiennes montre le véritable détournement des outils constitutionnels et des concepts du droit constitutionnel par les sécessionnistes, que le juge va systématiquement contrer en rappelant les principes de légalité constitutionnelle⁴³.

La pluralité conférée au « peuple » par l'interprétation confédéraliste des treize Etats sécessionnistes américains face à l'unicité consacrée par le Préambule de la Constitution américaine de 1787 avait par ailleurs conduit le juge constitutionnel, au cours du XIX^e siècle, à faire respecter la légalité constitutionnelle et l'ancrage des concepts⁴⁴. Dans une Amérique dont la Reconstruction s'entamait avec peine, le juge consacra l'interdiction de toute sécession unilatérale en s'appuyant sur « l'Union perpétuelle » inscrite dans la Constitution, privant de toute validité juridique l'Ordonnance de sécession de 1860-1861⁴⁵. Ce tournant définitif au profit d'une lecture fédéraliste de la volonté du constituant ne fait pas l'impasse de l'Histoire, qui sert de moyen argumentatif au juge pour définir ce qu'est l'Union américaine, à savoir, le produit d'une Histoire ayant forgé une relation « naturelle » entre les Etats et non un artefact⁴⁶.

Le juge privilégie donc l'interprétation de l'Histoire faite par le constituant, celle consacrée par la naissance d'un ordre constitutif qui grave dans le marbre l'acception intemporelle qu'elle souhaite pour le peuple. Il privilégie la « thèse de l'Un »⁴⁷ et sauve le présent constitutionnel.

Histoire et sécession participent à la construction du sens des concepts, nourrissant sans cesse processus et résultat politique. Pour le juge la normativité de l'Histoire ne peut être celle qui s'exprime en dehors du pouvoir constituant. L'argument historique sert à trancher la signification juridique de la démocratie mais peut tout autant réviser l'unité d'acception en un dialogue porteur de sens et de transformation du possible, qui ouvre la conciliation des volontés démocratiques

2. La création d'une démocratie d'équilibre

⁴³ A ce titre, plusieurs censures sont à remarquer ici aussi, not. sur la censure de l'organisation d'un référendum consultatif de présentation d'une loi de modification de l'ordre des régions : Corte Costituzionale, Décision no. 470, 1992; ou encore l'organisation d'une consultation sur une loi constitutionnelle d'attribution de formes et conditions particulières d'autonomie à la Région de Vénétie : Décision no. 496/2000, où le juge rappelle la primauté de la décision politique parlementaire dans l'initiation de la révision constitutionnelle.

⁴⁴ V. not. Il s'agissait pour les Etats de considérer la Constitution non comme un acte du peuple mais un acte adopté par des Etats souverains et indépendants; Le juge a alors cherché à protéger le concept de souveraineté de l'Union; v. not. CS, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S., 316, 7 mars 1819; ZOLLER E., Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, Dalloz, 2010, p. 29 et s.; Le juge a également privilégié la légalité constitutionnelle face à la loi d'Etat concernant la clause de commerce; v. CS, *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S., 1, 2 mars 1824; ZOLLER E., *op. cit.*, p. 72 et s.

⁴⁵ CS, *Texas v. White*, 74 U.S., 700, 1869

⁴⁶ §4 de la décision pré-citée, : The Union of the States never was a purely artificial and arbitrary relation. It began among the Colonies, and grew out of common origin, mutual sympathies, kindred principles, similar interests, and geographical relations. It was confirmed and strengthened by the necessities of war, and received definite form and character and sanction from the Articles of Confederation. By these, the Union was solemnly declared to "be perpetual." And, when these Articles were found to be inadequate to the exigencies of the country, the Constitution was ordained "to form a more perfect Union."

⁴⁷ « Le concept de souveraineté est venu transposer dans le domaine politique la thèse métaphysique de l'Un » GOYARD-FABRE S., *L'Etat, figure moderne de la politique*, Armand Colin, 1999, p. 25

Dans le cas tant canadien, qu'espagnol ou italien, le juge relie également la démocratie au sujet *collectif* et la délie de l'idée de titulaires divergents et minoritaires. La démocratie ne saurait se concevoir par le prisme de l'instrument de la décision unilatérale d'une minorité⁴⁸. La dimension *collective* de la décision de faire sécession est construite comme une condition indispensable au bon déroulement de l'idée démocratique. En ce sens, le juge conserve la signification unitaire du souverain et pallie à toute idée de fragmentation du corps souverain et du corps électoral. L'articulation entre Histoire et volonté dans la création d'un sujet souverain est refusée par le juge espagnol, qui se sert toutefois de l'argument historique pour, d'une part, reconnaître l'existence politique de la Catalogne et, d'autre part, pour mettre en avant la préséance de la norme sur l'Histoire ainsi que la préséance de la dimension collective de la décision démocratique sur la dimension individuelle.

Ainsi, le caractère collectif de la démocratie suggère que le vote ne soit pas conditionné à la minorité sécessionniste, mais à l'ensemble du *demos* consacré par l'ordre juridique. De plus, la démocratie par le vote n'est pas un élément de légitimation suffisant de la décision.

A l'invocation du droit à décider, le juge rétorque que la constitutionnalité d'un tel droit doit être conditionnée au respect de la légalité constitutionnelle et mentionne les principes de légitimité démocratique, de pluralisme et de légalité. Pour le juge, le principe de démocratie est le corollaire du principe de la primauté de la Constitution⁴⁹. Le juge canadien réplique de la même manière, à savoir, que les principes de primauté du droit, du constitutionnalisme, du fédéralisme et du droit des minorités s'opposent à ce qu'une minorité étatique décide sans consulter l'ensemble de la fédération de sortir du cadre constitutionnel de cette même fédération⁵⁰.

Le juge défend ainsi le cadre normatif élaboré par la norme suprême comme condition de respect du principe démocratique. L'ouverture qu'il propose à la délibération politique ne peut être envisagée que par le prisme de la Constitution. Défenseur de la démocratie constitutionnelle, dans le respect que celle-ci implique pour les formes mais aussi la matérialité des droits fondamentaux, le juge semble procéder à une hiérarchisation des éléments définitoires de la démocratie. Moins une décision qu'une forme et une matérialité constitutionnelles précises, la démocratie ne pourrait être respectée sans que ne soit assuré le respect du principe de l'Etat de droit et du constitutionnalisme. *A contrario* des doctrines du *Primary Right*, qui prennent en considération seulement la liberté du groupe constitué sans déterminer spécifiquement quel serait le statut des droits des minorités à l'intérieur d'un tel groupe, les juges espagnol et canadien mettent dans la balance le principe

⁴⁸ TCE, Décision no. 42/2014, 25 mars 2014, BOE Núm. 87, 10 avril 2014 : « En el marco de la Constitución una Comunidad Autónoma no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España. »

CS Canada, Décision no. 2. R.C.S 217, 20 août 1998 : « La Constitution assure l'ordre et la stabilité et, en conséquence, la sécession d'une province ne peut être réalisée unilatéralement « en vertu de la Constitution », c'est-à-dire sans négociations, fondées sur des principes, avec les autres participants à la Confédération. »

⁴⁹ TCE, Décision no 42/2014, 25 mars 2014, BOE Núm. 87, 10 avril 2014; TCE, Décision no. 259/2015, 2 décembre 2015, BOE Núm. 10, 12 janvier 2016; v. not. GALÁN GALÁN A., « Del derecho a decidir a la independencia : la peculiaridad del proceso secesionista en Cataluña », *Istituzioni del federalismo : rivista di studi giuridici e politici*, No. 4, 2014, pág. 890

⁵⁰ CS, Canada (1998), *Cons. 66* : « Il est vrai, bien sûr, que la démocratie exprime la volonté souveraine du peuple. Pourtant cette expression doit aussi être considérée dans le contexte des autres valeurs institutionnelles que nous estimons pertinentes dans ce renvoi. Les rapports entre démocratie et fédéralisme signifient par exemple que peuvent coexister des majorités différentes et également légitimes dans divers provinces et territoires ainsi qu'au niveau fédéral (...) »

extraconstitutionnel du droit des minorités, ou du pluralisme, afin de déterminer le cadre d'exercice d'une sécession.

Si le juge ouvre ainsi la démocratie constitutionnelle à la délibération politique, ce n'est pas sans cadre matériel et formel.

Le deuxième élément à noter concerne la signification que le juge dégage, par son raisonnement, de l'idée de démocratie. Liant la démocratie au principe du constitutionnalisme pour construire l'idée de démocratie par la promotion du respect des énoncés constitutionnels venant objectiver le peuple ou toute autre entité souveraine, parties intégrantes à l'ordre juridique seul contraignant, le juge propose une acception qui dépasse le cadre classique d'une vision démocratique reliée à la seule volonté populaire et à la seule autonomie de la volonté individuelle⁵¹. La démocratie est conditionnée au respect des droits consacrés par la constitution sans toutefois déposséder le peuple ou la minorité de la décision. L'idée que la démocratie se construit par la rencontre de plusieurs canaux dont l'autonomie n'est plus le référent statique conduit le juge canadien à décrire la démocratie constitutionnelle de façon dynamique, tel un « processus continu de discussions, de négociations et de changements démocratiques »⁵². L'idée d'autonomie n'est ainsi pas atomisée par la mise à l'écart du référent de la décision, mais restituée dans son plein effet créateur. Elle semble en effet en tirer de nouvelles implications, puisque le juge redirige l'idée d'autonomie vers la valorisation de l'expression de « parties » au sein de l'Etat, par l'idée de « discussion »⁵³. L'existence de deux majorités concurrentes est ainsi en partie confortée par l'analyse du juge, ce qui contribue à éteindre le présupposé de la majorité unique, rationnelle et dépositrice de la vérité normative. Le juge reconnaît même l'importance de l'Histoire dans le façonnement de l'entité politique sécessionniste⁵⁴. Se saisissant de la problématique des majorités concurrentes, propre au sécessionnisme, le juge contribue à l'office de rationalisation de la constitution et du droit constitutionnel⁵⁵. Toutefois, il est notable que le juge ne peut se départir du prisme majoritaire dans son raisonnement. L'accent porté sur la nécessité impérieuse du dialogue, de l'échange et du consensus semble puiser ses limites immédiates dans la crise durable qui ébranle la démocratie et les difficultés de définition qui lui sont inhérentes.

En effet, si autonomie n'est pas souveraineté, quels outils juridiques peuvent s'adapter à la représentation de ce degré particulier d'expression ? Les critères de définition restent incertains. Toutefois, il apparaît comme manifeste que le développement de cette notion d'autonomie chez le

⁵¹ CS Canada, Avis du 20 août 1998, Renvoi relatif à la sécession du Québec, 2 R.C.S 217, extrait : « « Le vote démocratique, quelle que soit l'ampleur de la majorité, n'aurait en soi aucun effet juridique et ne pourrait écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada »

⁵² CS Canada, Avis du 20 août 1998, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, 2 R.C.S 217

⁵³ En effet, une « répudiation claire de l'ordre constitutionnel » par l'une des « parties » de la Confédération doit aboutir à une négociation de l'ordre selon le juge Canadien. D'une part, l'entité sécessionniste ne peut imposer unilatéralement une rupture de l'ordre, mais, d'autre part, l'entité fédérale ne peut refuser la discussion autour de la sécession si l'opinion démocratique majoritaire s'exprime en ce sens. v. *cons. 88 et s.*

⁵⁴ Le juge espagnol réitère la prise en considération de la Catalogne en tant que nation historique, culturelle à défaut de la concevoir comme nation juridique : v. not. Sentenza 31/2010 ou 42/2014 *pré-citées*.

⁵⁵ « Le droit constitutionnel rationalise la nature arbitraire du processus politique ». MÖLLERS F., « Les gardiennes d'une séparation : les constitutions comme instruments de protection des différences entre le droit et la politique », *juspoliticum*, 2012, p. 7

juge espagnol, de démocratie constitutionnelle chez le juge canadien, ainsi que d'un champ lexical propice au dialogue et à la négociations consistent à conférer une forme d'existence juridique à l'entité sécessionniste face à l'Etat, qui contribue également à retracer les contours de l'idée de constitution. Les juges créent une ouverture à l'Histoire tout en maintenant la prévalence des concepts juridiques.

Le phénomène sécessionniste dévoile ainsi une rupture au sein du récit constitutionnel des Etats, que le juge tente d'endiguer en privilégiant une interprétation visant à sauver le présent. Une réflexion nécessaire doit être menée sur l'idée d'un texte constitutionnel qui pourrait se faire norme fusionnante.

II. Le dialogue sur l'idée de constitution

L'échange discursif entre sécessionnistes et juges questionne dans un second temps l'idée traditionnelle de constitution en tant que support existentiel ou ordre objectif de contraintes de l'Etat, dont elle viendrait institutionnaliser les organes (A). La réunion des arguments amène à envisager un questionnement plus profond portant sur la nature de la norme constitutionnelle (B).

A. Une signification bouleversée

Conçue comme le support juridique de l'Etat, la Constitution voit toutefois sa signification questionnée lorsqu'elle est envisagée à la lumière du sécessionnisme, qui a pour effet de mettre en avant de nouveaux créateurs (1) ainsi que de nouveaux interprètes historiques (2).

1. la constitution comme support d'entités polymorphes

Dans la théorie de l'Etat, la constitution est consubstantiellement liée à l'apparition de l'Etat. Le terme « constitution » marque par ailleurs une singularisation traduisant le passage d'une conception plurielle de la forme idéale de gouvernement à une conception unitaire, qui va irradier la théorie moderne⁵⁶. Ainsi, si les théories varient énormément dans leur versant formel et substantiel, elles convergent sur leur postulat d'unité de contraintes comme caractéristique de la constitution. Celle-ci peut en effet être présentée tantôt comme « l'unité d'un peuple », tantôt comme l'ultime norme de validation d'un ordre juridique considéré, lui aussi, dans son unité synthétique.

Certaines constitutions ont aménagé des ordres juridiques « partiels » dans les Etats où la traduction en termes juridiques des revendications politique de minorités nationales était recherchée. C'est le cas dans les Etats de reconnaissance⁵⁷ espagnol et italien qui ont cherché à aménager une diversité d'expression régionale et communautaire. Il en est de même au sein de l'Etat fédéral américain où les entités fédérées viennent se placer entre l'Etat fédéral et le citoyen pour créer un lien juridique propre avec celui-ci. C'est néanmoins toujours l'Etat et les pouvoirs constitués qui ont consacré de tels aménagements. En ce sens, le juge constitutionnel sera amené à rejeter les prétentions des entités sécessionnistes visant à se *constituer* en tant que nation souveraine.

⁵⁶ v. not. en ce sens : BEAUD O., « L'Histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *juspoliticum*, no. 3, 2009, p. 1-29

⁵⁷ Sur les ordres juridiques partiels et l'Etat de reconnaissance, voir : ARLETTAZ J., *L'Etat-Nation à l'épreuve de la constitutionnalisation des langues régionales. Etude comparée : Belgique, Espagne, Italie, Suisse*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2014, 582 p.; ARLETTAZ J., « Penser l'Etat dans sa(s) langue(s) », *Revue du droit public*, No. 3, 2014, p. 705

Dans le discours sécessionniste, c'est le peuple qui, « capable d'agir politiquement » sur le modèle de la théorie de la démocratie libérale est mis en avant. En se constituant en tant que peuple dans le discours et par l'emploi de formules historiques, les sécessionnistes postulent une unité politique dont la constitution serait le réceptacle légitime. Ils recherchent en ce sens la création d'un ordre de contraintes valide, les ordres partiels aménagés par l'Etat de reconnaissance n'étant plus considérés comme suffisants. Cette « capacité d'action » se construit sur la base de moyens historiques déterminant les caractères de ce « peuple » et la justification de sa reconnaissance. Le discours sécessionniste canadien va, à cet effet, construire cette capacité d'action du pouvoir constituant québécois sur l'idée de durée en recensant les demandes constitutionnelles dans l'Histoire canadienne depuis 1858, afin d'appuyer l'argument d'une légitimité hiérarchique⁵⁸.

Aux Etats-Unis, les tenants de la thèse originaliste font « des peuples » des Etats américains les entités constitutives originaires, prééminentes et indépendantes vis-à-vis du gouvernement fédéral, s'inscrivant alors à contre-courant de l'unité d'un peuple américain pris dans les liens de l'union *perpétuelle* postulée par les fédéralistes⁵⁹.

En Italie, la notion de « pre-esistenza giuridica e politica » dal « popolo veneto »⁶⁰ sert de caractérisation de l'entité sécessionniste vénète.

En Ecosse, la rhétorique va jouer sur le caractère dépassé et dépassable de l'Union avec l'Angleterre.

Or, l'interprétation par le juge de la norme constitutionnelle dans le cadre de la gestion de la problématique sécessionniste conduit également et clairement à séparer des entités constituées sécessionnistes de l'Etat et de ses entités constituées classiques. En promouvant l'idée de dialogue entre l'Etat et ses « parties » le juge bâtit un lien d'altérité qui brise le schéma de l'unité. L'obligation de loyauté mutuelle, dans le cas espagnol, implique un devoir d'aide mutuelle, selon le juge. Le lien d'altérité façonné entre l'Etat et l'entité sécessionniste n'est pas neutre. Cette gestion mène à envisager l'idée d'une catégorisation au sein des pouvoirs constitués.

La constitution se fait temporairement l'acte de multiples entités, consacrant un interlude étatique dans lequel l'entité sécessionniste peut dialoguer, d'égal à égal, avec l'Etat central. George Burdeau énonçait qu'à l'origine du droit existent « une croyance et une représentation ». D'une part, « une croyance en la possibilité d'un ordre social meilleur » et, d'autre part, « une image plus ou moins nette de l'ordonnement auquel doit se conformer le groupe pour réaliser le bien commun ». Cette « idée de droit », comme il l'appelle, ressort clairement du projet constitutionnel sécessionniste. Porteur d'une certaine idée du régime démocratique et d'un certain projet de Constitution, ce programme sécessionniste véhicule une idée de droit nouvelle qui « répandue chez un grand nombre de consciences, a triomphé définitivement des conceptions antérieurement régnantes ».

⁵⁸ v. not. : TURP D., « Une Constitution du Québec », *Mélanges André Lajoie*, Mai 2008, p. 133-176; CHEVRIER M., « Le fédéralisme canadien et l'autonomie du Québec : perspective historique », Gouvernement du Québec, Ministère des relations internationales, *La Bibliothèque études*, 1996

⁵⁹ STAMPP K. M., « The Concept of Perpetual Union », *The Journal of American History*, Vol. 65, No. 1, (Jun. 1978), p. 5-33

⁶⁰ Legge Regionale no 16/2014

« Non esiste alcuno via legale per il referendum consultivo regionale dell'indipendenza del Veneto », *Leggi Oggi*, Daniele Trabucco, articoli del 28 marzo 2005, *accès en ligne* : <http://leggioggi.it/2015/03/28>

Si, selon une conception traditionnelle tout Etat possède une Constitution, qu'en est-il d'entités politiques divergentes de l'Etat ? La doctrine du droit constitutionnel a réduit l'étude du concept de constitution à celle de « la Constitution de l'Etat »⁶¹. La doctrine du droit constitutionnel européen⁶² a par ailleurs pu se saisir de cette problématique, à l'aune de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon laquelle « toute société » possède une Constitution. Après tout, la constitution est aussi un acte de « création continue »⁶³ que chaque groupe socialement fondé peut avoir vocation à influencer en tant qu'institution⁶⁴. En effet, « chaque groupe, à partir du moment où il se différencie, possède une organisation déterminée, c'est-à-dire une Constitution »⁶⁵. La revendication sécessionniste, sur ce point, ne s'arrête pas à sa légitimation en tant que créateur mais également, dans une temporalité parfois différente, à sa légitimité en tant qu'interprète.

2. la constitution comme résultat d'une interprétation plurielle

En l'absence d'habilitation normative, la revendication du statut d'interprète par les sécessionnistes ne pourrait avoir de valeur prescriptive selon la doctrine positiviste. La partition opérée par Kelsen entre loi et volonté marque une limite à la pensabilité juridique du sécessionnisme et à son instrumentalisation des notions de démocratie et de constitution. La volonté sécessionniste dépend en effet d'un ordre subjectif de contraintes⁶⁶ qui ne peut avoir valeur juridique, Kelsen énonçant que l'on ne peut « vouloir » que ce que l'on connaît.

Pourtant, cette revendication statutaire va engendrer une renégociation politique et une discussion démocratique autour de la signification des normes structurantes de la constitution, et parfois même contribuer à les influencer. A tout le moins, cette revendication va permettre de trancher la signification de la constitution selon une certaine lecture. Aux Etats-Unis, la revendication par les Etats d'un statut d'interprète originaire et historique va en effet conduire, par le développement de la doctrine du *State Right's*, à réouvrir et perpétuer le débat sur la pluralité ou l'unité du souverain américain. La doctrine originaliste se réfère à la préséance étatique pour catégoriser le « moment constitutif » des Etats-Unis. Ainsi, elle plaide pour une interprétation originaliste de la Constitution américaine, en la basant sur une forme de vérité constitutionnelle⁶⁷ dans l'assertion contenue dans les articles fondant la Confédération plutôt que ceux de la Convention de Philadelphie, selon un

⁶¹ Souligné par Olivier Beaud, *L'Histoire du concept de Constitution en France...*, *op. cit.*, p. 3

⁶² Questions à l'Europe, questions sur l'Europe, Le droit constitutionnel européen en débat, Dominique Rousseau et Hélène Gaudin, *Revue droit public*, 20 août 2008, no. 3, p. 721

⁶³ CAYLA O., « L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable », *Mélanges Michel Troper*, 2006, p. 249-266

⁶⁴ HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, coll. La licence en droit, 2ème éd., 1930, Chapitre sur l'institution

⁶⁵ PRÉLOT M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 4ème éd., 1969, p. 26

⁶⁶ voir les différenciations opérées par H. Kelsen entre l'ordre du brigand et l'ordre du percepteur, la représentation psychologique de la contrainte et la contrainte en elle-même. KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'Etat*, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1997, p. 83 et s., *extrait* : « Ainsi une loi à caractère obligatoire ne peut être un acte mental, la volonté des individus qui la créent, même si un acte de volonté réel est nécessaire pour faire une loi. »

⁶⁷ Sur les rapports entre droit et vérité, v. not. : LA TORRE M., « La verità del diritto senza verità », *Sociologia del diritto*, Marzo 2013, p. 189-220

paradigme étatique plutôt que fédéral⁶⁸. La référence à un passé constitutionnel⁶⁹ divergent de celui consacré par l'Histoire constitutionnelle et par la catégorisation classique des événements politiques transformateurs est un élément clef de l'argumentation des sécessionnistes, qui leur permet de mener « l'exercice de transformation du récit constitutionnel »⁷⁰ en détruisant le mythe constituant fondateur du Philadelphia System construit volontairement a contrario de l'idéal Westphalien.

Concrètement, ce statut historique des Etats justifierait l'exercice d'un droit de *nullification*⁷¹ voire d'un droit de sécession, soit l'idée de veto constitutionnel ou, si nécessaire, de rupture constitutionnelle définitive.

Au Canada, la dualité constitutive originale va également justifier l'existence d'un droit de veto constitutionnel de la Province Québécoise face au reste des Provinces Canadiennes⁷².

L'argument historique permet ainsi, d'une part, de construire un système de valeurs propres porteur d'une matérialité constitutionnelle différente de la norme fondamentale consacrée. D'autre part, il justifie la défense de cette matérialité par des outils juridiques et politiques particuliers que sont le droit de veto ou le droit de sécession.

Un schéma similaire peut être retrouvé en Italie, où la notion de préexistence politique et juridique du peuple vénète⁷³ est mise en avant pour caractériser la légitimité des sécessionnistes à interpréter ou à créer la Constitution et ainsi justifier l'organisation d'un référendum consultatif à l'échelle régionale. Pour justifier, en 2000, du référendum consultatif organisé en 1998, la Région de Vénétie avait par ailleurs invoqué l'évolution profonde de l'ordre constitutionnel italien sur la question de l'autonomie, se faisant alors interprète légitime de ce même ordre⁷⁴.

En Ecosse, les sécessionnistes se font interprètes de l'état de l'Union avec le Royaume-Uni, depuis 1707. Jugeant que cette fusion de Royaumes relève d'un paradigme dépassé, ils revendiquent une évolution historique de l'union et justifient ainsi leur projet constituant⁷⁵. De plus, c'est sur le choix constitutionnel découlant de la décision de sortir de l'Union européenne que se justifie, selon les leaders écossais, la consultation prioritaire, en tant que nation constitutive du Royaume-Uni⁷⁶.

⁶⁸ Lors de la convention de Philadelphie, il fut décidé de conclure une «union plus parfaite» entre les Etats, et la mention des « délégation d'Etat signataires », conservant toute leur souveraineté, fut remplacée par la mention « Nous, le peuple » faisant à fonder l'union fédérale.

⁶⁹ La notion de «passé constitutionnel» est, selon Bruce Ackerman, un référent analytique important dans l'argumentation juridique. v. not. : ACKERMAN B., *Au nom du peuple américain*, Calmann-Lévy, 1998, p. 72

⁷⁰ Toujours selon Bruce Ackerman, cette notion « d'exercice de transformation du récit constitutionnel» est essentielle pour comprendre les phénomènes politiques. L'auteur dénonce par ailleurs un délaissement de cette analyse de transformation des « moments constitutionnels d'ampleur », v. not. ACKERMAN B., *op. cit.*, p. 73 et s.

⁷¹ V. not. en ce sens : FELDMAN J.-P., *La bataille américaine du fédéralisme : John C. Calhoun et l'annulation*, Presses universitaires de France, Léviathan, 2004, 294 p.

⁷² TAILLON P., « Le veto populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois », *Revue québécoise de droit constitutionnel*, no 2, 2008, p. 151- 173

⁷³ « pre-esistenza giuridica e politica » dal « popolo veneto »; v. *supra*.

⁷⁴ v. not. Corte Costituzionale Italiana, Sentenza no 496/2000, 14 novembre 2000, Punto 3., *Gazzetta Ufficiale*, 1a Serie Speciale - Corte Costituzionale, no 48 del 22-11-2000

⁷⁵ *Choosing Scotland's Future, A national conversation, Independence and responsibility in the modern world*, Scottish Executive St Andrew's House, August 2007

⁷⁶ Letter sent by the First Minister Nicola Sturgeon to the Prime Minister Theresa May, 31 march 2017

Le juge peut également concevoir l'existence de pluralité d'interprètes de la Constitution, à l'image du juge Canadien qui va évoquer la dualité constitutive du Canada en évoquant la notion de « culture distincte ». Elle transparait dans le raisonnement développé par la Cour suprême du Canada dans son avis relatif à la sécession du Québec en 1998.

B. Une nature questionnée

L'idée précédemment évoquée de « parties » à la Constitution va rendre pensable l'idée de négociation des normes constitutionnelles (1) et questionner la nature traditionnellement institutionnelle de la Constitution (2).

1. Une possible négociation de la Constitution

Le point de départ du raisonnement du juge canadien repose sur le choix argumentaire d'une présentation de la Constitution comme produit de l'Histoire. En 1998, le juge définit en effet la Constitution du Canada comme «le fruit de 131 années d'évolution ». Il évoque que « derrière l'écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents »⁷⁷. L'idée de négociation juridique fera son entrée dans le dialogue entre sécessionnistes et juge constitutionnel à partir de cette prémisse historique. En effet, si le juge rejette tout d'abord la validité juridique de la sécession unilatérale, il consacre néanmoins une « obligation de négociation de la sécession » entre l'Etat et les Provinces. Ce droit procédural permet simplement de « rechercher à réaliser la sécession ». Cette idée de négociation est directement tirée de quatre principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel canadien, que le juge dégage à partir du fondement que constituent les « valeurs communes des habitants des provinces depuis la confédération ». Ce raisonnement s'inscrit clairement dans une démarche téléologique qui prend l'Histoire, ou la continuité historique, comme référent premier. Le juge ne fait pas dépendre son raisonnement de la norme constitutionnelle à laquelle viendrait s'amarrer quelque argument extrajuridique d'opportunité, mais d'une Histoire et d'un ensemble de valeurs, qui lui permettent de dégager et d'équilibrer les principes de la démocratie, du constitutionnalisme, de la primauté du droit et du droit des minorités afin de régler la question sécessionniste.

Ce principe de négociation, destiné à résoudre le conflit politique existant entre l'entité fédérale et les entités fédérées du Canada, ne supposerait-il pas que le juge met sur un même pied d'égalité juridique l'Etat fédéré québécois et l'Etat fédéral Canadien ? L'acte de *négozier* ne suppose-t-il pas la création d'une altérité qui ne se conçoit pas dans l'appréhension de toute *institution*⁷⁸ ?

Négozier une sécession consiste à remettre en question les valeurs fondamentales consacrées par la Constitution, puisque le juge admet lui-même qu'une telle rupture engendrerait des modifications constitutionnelles sans précédent⁷⁹. De telles révisions supposeraient que l'on s'attarde sur la question de la souveraineté ou encore de la nation, dont les liens d'allégeances ne sont traditionnellement pas négociables ou discutables.

⁷⁷ « Ces principes inspirent et nourrissent le texte de la Constitution : ils en sont les prémisses inexprimées. » : *cons. 49*

⁷⁸ Si Hobbes a pu travailler sur les entités entre l'Etat et le citoyen, ce n'était que pour consacrer leur dépendance à l'unité étatique.

⁷⁹ CS Canada, Avis du 20 août 1998, Renvoi relatif à la sécession du Québec, 2 R.C.S 217, *cons. 84*

Si cette obligation de négociation demeure pour l'instant une particularité de la jurisprudence canadienne, son retentissement global ainsi que son utilisation en 2010 par la Cour Internationale de Justice au sujet du Kosovo est toutefois notable. En Espagne, la considération marquée pour la place qu'occupent les Communautés autonomes au sein du pouvoir constituant espagnol ainsi que le développement de la notion de loyauté mutuelle peut également conduire à repenser la nature des liens d'allégeances. Le juge reconnaît la constance historique de la revendication d'autogouvernement de la Catalogne. Si il ne déduit pas de ce caractère historique un principe de négociation, le juge oblige toutefois l'entité centrale Espagnole à discuter avec la Catalogne en énonçant un « devoir de loyauté constitutionnelle » dont les implications se déclinent en un « devoir d'aide réciproque » ainsi qu'un « réciproque appui et une loyauté mutuelle »⁸⁰.

Le résultat de ce couplage de principes ainsi que du choix de définir la démocratie comme nécessairement *constitutionnelle* est qu'il est permis de concevoir l'ouverture d'un espace de discussion en dehors des règles de déroulement classiques du processus constituant. L'interdépendance de la décision et de la norme semblent fondre un espace ouvert d'élaboration de la règle, dont l'opportunité est renvoyée au législateur.

Au Royaume-Uni, c'est le dialogue entre le Parlement régional et le Parlement de Westminster qui laisse transparaître l'idée de négociation. L'organisation d'un référendum sur l'indépendance par le Parlement souverain est le résultat de négociations parlementaires dans lesquelles le développement de l'idée de nation civique écossaise a pu voir le jour. Même si la validité juridique d'un tel référendum demeure incertaine, son organisation au sein d'une partie du Royaume-Unie, en plus du développement inédit d'une pratique référendaire depuis l'entrée dans l'Union européenne et le développement de la dévolution contribue à remodeler le visage de la constitution britannique⁸¹.

C'est parce-que le discours sécessionniste véhicule une axiologie particulière, divergente du système de valeurs consacré par la norme fondamentale, que l'idée de négociation peut voir le jour dans une lutte de valeurs. L'approche transversale du juge, tant formelle que matérielle, permet de concevoir cet espace ouvert.

2. Une contractualisation de la constitution

L'instrumentalisation de l'Histoire à des fins constitutives relève d'un schéma classique par lequel les « Constitutions historiques » ont pu être consacrées⁸². La caractérisation de la Constitution en tant que « foyer d'où tout part, acte initial dont tout découle »⁸³ fait d'elle la cause historique

⁸⁰ Et d'ajouter que « (...) Si l'Assemblée législative d'une communauté autonome, à laquelle la Constitution reconnaît un pouvoir d'initiative constitutionnelle (article 87.2 et 166 de la Constitution), exprime une proposition en ce sens, le Parlement espagnol devra la prendre en considération (...) »; Tribunal constitutionnel espagnol, Décision no. 42/2014, 25 mars 2014, Résolution du Parlement catalan du 23 janvier 2013, BOE Núm. 87, 10 avril 2014, traduction par Jordane Arlettaz

⁸¹ Sur ce point, v. not. : BOGDANOR V., *The New British Constitution*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, 319 p.

⁸² Car, ainsi que l'énonce Paul Bastid : «Les hommes de la révolution acceptent le vocable de constitution pour désigner l'acte initial et générateur des institutions». Ou encore, Bruce Ackerman cherche à montrer l'importance du référend historique, l'Histoire étant remplie selon lui « d'actes créateurs de gouvernement », *op. cit.*, p. 77

⁸³ BASTID P., *op. cit.*, p. 56

première. La neutralité de la démarche épistémologique positiviste refuse toutefois l'analyse d'un processus constituant considéré comme un fait politique ne nécessitant pas de caractérisation juridique⁸⁴. L'enjeu contemporain de l'instrumentalisation de l'histoire en vue de bâtir des processus constituants parallèles aux processus normatifs nécessite peut-être d'opter pour des référents épistémologiques pluriels, qui permettraient de concevoir voire de cadrer de tels phénomènes. Certains faits peuvent donc influencer la démarche scientifique de la science du droit et son cadre de références. En effet, le fait sécessionniste véhicule un champ lexical proche de celui du droit privé avec le développement de la notion de « divorce constitutionnel ». Les juges développent également des notions proches, évoquant, à l'instar du Canada, « l'obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier ». Il peut être envisagé à la lumière des doctrines minoritaires du pluralisme associatif fondées aux Etats-Unis selon lesquelles la souveraineté ne peut être envisagée à travers le prisme unique de l'unité. L'idée de souveraineté plurielle amène à concevoir l'exercice de la souveraineté par des entités à la nature juridique ou politique distinctes, institutions où des foyers de pouvoir se développent de façonnent l'idée de démocratie comme l'idée de constitution. L'image post-médiévale de l'unité temporelle du pouvoir est moins une fiction utile tendant à représenter une réalité qu'une notion théologique substituée à Dieu⁸⁵. La pluralité des souverainetés est ainsi un postulat que reprendront les doctrines contemporaines travaillant sur le sécessionnisme, pour fonder l'idée de constitutionnalisme associatif selon laquelle l'Etat ne serait pas la communauté politique mais une association à l'intérieur de la communauté politique⁸⁶. La revendication sécessionniste des Etats américains « historiques » se construit autour de l'argument contractuel puisqu'elle conçoit la Constitution américaine comme un Pacte entre Etats souverains⁸⁷ qui confère à l'Union un statut non pas d'Etat mais d'organisation internationale.

Il est également possible d'inscrire cette démarche d'ensemble dans l'idée de constitutionnalisme alternatif. Concevoir, ainsi que le supposait Carl Schmitt, que la souveraineté soit *alternative* dans l'Etat fédéral⁸⁸ ou penser l'existence d'un corps politique *distinct* qui demeurerait le dépositaire d'un certain degré de pouvoir non délégué⁸⁹ dans l'Etat ressort de la réflexion autour du discours sécessionniste.

Selon un schème similaire, la positivisation progressive du droit de résistance permet de comprendre l'enjeu constitutionnel et théorique du sécessionnisme. Le droit de résistance, tel que succinctement conçu par Hobbes ou Locke, est repris pour potentiellement justifier une refonte de l'obligation politique et de la légitimité de l'autorité, amenant à concevoir la Constitution non comme une

⁸⁴ Le pouvoir constituant originaire peut en effet être exclu de l'analyse positiviste. V. not. FAVOREU & al., *Droit constitutionnel*, Manuel, Précis Dalloz, ...; KLEIN C., *Théorie du pouvoir constituant*,

⁸⁵ v. not. les développements sur ce sujet et ces doctrines de SNYDER F. -G., « Sharing Sovereignty : Non-States associations and the Limits of State Power », *American University Law Review*, Vol. 54, Issue 2, 2004, p. 374

⁸⁶v. MacIVER R., *The Modern State*, Oxford University Press, 1932, p. 364-369 et s.; HALJAN D., *Constitutionalising Secession*, Hart Publishing, Hart Studies in Comparative Public Law, 2014

⁸⁷ v. not. CORWIN E. S., « National Power and State Interposition 1787-1861 », *Michigan Law Review*, Vol. 10, No. 7, (May., 1912), p. 535 et s.

⁸⁸ Selon l'approche développée par Carl Schmitt dans la *Théorie de la Constitution* v. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Presses universitaires de France, Quadrige, 2013, 576 p.

⁸⁹ Des approches pensées par des théories comme celles d'Althusius, Condorcet ou Jefferson not.

institution, mais comme un acte dont la forme serait proche de celle du contrat social⁹⁰. Ce militantisme pluraliste questionne la nature institutionnelle stricte de la Constitution en introduisant l'idée de contrat constitutionnel. Afin de réfuter la souveraineté en place, l'invocation du contrat paraît en effet indispensable⁹¹, sa figure permettant de contourner le pouvoir effectif pour bâtir une légitimité propre. Cet effet de contournement se retrouve par ailleurs dans le développement de l'idée de souveraineté au XVIème siècle pour conforter la légitimité du souverain comme au XVIIIème siècle pour asseoir la légitimité des prétentions des Parlements face au Roi⁹².

L'Histoire permet alors de construire la pensabilité d'objets qui heurtent les présupposés de la pensée juridique. L'emploi d'une terminologie historique et d'un champ lexical similaire aux grandes notions consacrées du droit constitutionnel par les entités sécessionnistes revisite l'implantation mécanique des approches volontaristes modernes. Pour le théoricien, elle permet en un sens de revenir à ces objets traditionnels tant pour les redécouvrir que pour établir un bilan de l'existant. L'inventaire des notions traditionnelles suffit-il pour penser de nouveaux objets ou de tels objets doivent-ils être éventuellement à la lumière d'arguments historiques dont l'office ne serait pas seulement justificatif ?

Sans l'Histoire, il ne reste que la volonté, elle-même nécessairement prédéterminée par des éléments historiques, vestiges d'un passé indépassable. Dans son office d'interprétation, l'argumentation du juge et sa confrontation aux idées sécessionnistes contribue à illustrer à quel point l'Histoire nourrit le concept comme le concept nourrit l'Histoire. L'articulation dans les moyens comme dans la finalité argumentaire, de l'Histoire avec la volonté pourrait permettre de penser la multitude sans l'enfermer dans l'unité.

⁹⁰ De telles réflexions sur la nature de la Constitution peuvent se retrouver chez la doctrine américaine : HENKIN L., « The United States Constitution as a Social Compact », *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 131, No. 3, A More Perfect Union : Essays on the Constitution (Sept., 1987), p. 261-269

Sur la sécession en particulier, le fait que la doctrine philosophique et politiste soit la seule à s'être saisie de la question conduit nécessairement à envisager la sécession par le prisme des questions de légitimité et d'autorité politique. Pour une approche exhaustive des théories politiques sur la sécession, v. en ce sens : KREPTUL A., « The Constitutional Right of Secession in Political Theory and History », *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 17, No. 4, 2003, p. 39-100

⁹¹ MIGUEL PIMENTEL C., « Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant », *juspoliticum*, accès en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Du-contrat-social-a-la-norme-supreme-l-invention-du-pouvoir-constituant-145.html>

⁹² BASTID P., *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 61